

VEDTAK NR 135/16 I TVISTELØSNINGSNEMNDA

Twisteløsningsnemnda avholdt møte 30. september 2016.

Ved behandlingen av saken var tvisteløsningsnemnda sammensatt slik:

Faste medlemmer

Anne Marie Due (vara for Henning Harborg), leder

Elsiabeth Lea Strøm, NHO

Lornts Natrud Nagelhus (vara for Silje Hassellund Solberg), LO

Særskilt oppnevnte medlemmer

Gry Brandshaug Dale, KS

Hallfrid Kristoffersen, Fagforbundet

Saken gjelder

Twist om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a

Arbeidstaker

A

Arbeidsgiver

B kommune

Det ble truffet slikt vedtak:

Saksforhold

A er fast ansatt som omsorgsarbeider i stilling på 50 prosent i B kommune ved Helse- og omsorgsetaten, X bu- og behandlingshjem.

Fra 18. februar 2014 til 18. august 2014 hadde A en fast stilling på 51,51 prosent og en midlertidig stilling på 11,52. Disse stillingene sa A opp og gikk over i ny fast stilling på 50 prosent fra og med 18. august 2014.

A fremsatte 18. februar 2015 krav om stillingsutvidelse med grunnlag i utført merarbeid de siste 12 måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Arbeidsgiver avsto søknaden i brev datert 26. mai 2015. Avslaget var begrunnet med at merarbeidet ikke var utført jevnlig i den aktuelle perioden.

Vaktoversikt forelagt nemnda viser at A har arbeidet 326,15 timer utover avtalt arbeidstid i perioden 18. februar 2014 til 17. februar 2015. Full stilling utgjør 1846 timer per år.

Saken ble brakt inn for tvisteløsningsnemnda ved brev av 18. juni 2015.

Overfor nemnda har begge parter fått anledning til å komme med utfyllende merknader i saken.

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidstaker:

- brev datert 18. juni 2015.
- brev datert 17. september 2015

Nemnda har mottatt følgende dokumenter fra arbeidsgiver:

- brev datert 14. august 2015
- e-post av 13. september 2016
- e-post av 20. september 2016

Arbeidstakers anførsler

A anfører i det vesentligste at merarbeidet viser et stabilt behov som gir henne rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Videre anføres det at vilkåret om jevnlig merarbeid er oppfylt.

Arbeidsgivers anførsler

B kommune anfører i det vesentligste at A i flere, lengre perioder ikke har utført merarbeid og at lovens vilkår om «jevnlig» utførelse av merarbeid dermed ikke er oppfylt. Ekstravaktene anses ikke av en slik karakter at det ser ut som om det er etablert en fast praksis.

Tvistløsningsnemndas merknader

Twist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid kan bringes inn for tvisteløsningsnemnda, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (1) og § 14-4 a (2).

Arbeidsmiljøloven § 14-4 a fastsetter at deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolvmånedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.

Nemnda legger til grunn at siste dag i tolv månedersperioden er dagen forut for at kravet ble sendt til arbeidsgiver. Den relevante perioden i denne saken er dermed 18. februar 2014 til 17. februar 2015.

Uenigheten mellom partene i denne saken gjelder i hovedsak hvorvidt merarbeidet har vært utført jevnlig i bestemmelsens forstand. Hvorvidt merarbeidet har vært utført «jevnlig» i bestemmelsens forstand, byr på en konkret og skjønsmessig vurdering som i første instans vil være overlatt til tvisteløsningsnemnda der partene ikke selv blir enige.

Nemnda viser til at det fremkommer av bestemmelsens forarbeider (Prop. 83 L for 2012-2013) at merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet vil være sentrale momenter i vurderingen av jevnlighetskriteriet. Slik nemnda ser det, vil disse tre momentene i noen grad gripe inn i hverandre. Uten en viss hyppighet, vil f.eks. merarbeidet heller ikke få nevneverdig omfang eller stabilitet. Med unntak for perioder der forhold på arbeidstakers side gjør det umulig, må det være utført et visst merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden, men det kan ikke stilles bestemte krav til at arbeidet er utført ukentlig e.l. For at «*merarbeidet i det store og hele fremstår som en etablert praksis*», er det tilstrekkelig at det har forekommet slikt merarbeid gjennom hele opptjeningsperioden at det vitner om et stabilt og varig behov hos arbeidsgiver. For øvrig vises det til vedtak 20/16, hvor nemnda har gitt en utførlig beskrivelse av sitt syn på forståelsen av jevnlighetskriteriet i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Dokumentasjonen i saken viser at A har arbeidet 326,15 timer utover avtalt arbeidstid i opptjeningsperioden. Opptjent stillingsøkning må etter nemndas oppfatning beregnes med utgangspunkt i brutto årstimetall i full stilling fratrukket ferie, idet det vil være den arbeidstiden som tilsvarer 100 prosent stilling. Brutto arbeidstid i arbeidstakers stilling er oppgitt å være 1846 timer per år. Etter fradrag for fem ukers ferie blir utgangspunktet for nemndas beregning av opptjent stillingsøkning et årstimetall på 1668,5 timer. As merarbeid på 326,15 timer tilsvarer derfor en stillingsprosent på 19,54.

Dokumentasjon som er forelagt nemnda viser at A har flere lengre perioder uten merarbeid. A hadde et opphold på 3,5 uker i starten av beregningsperioden. Videre er det en periode med et opphold på i underkant av ti uker, fra 15. juni til 21. august 2014, der det ikke er utført merarbeid. Selv om A avvirket åtte feriedager i denne perioden, synes oppholdet langt. Det er ikke opplyst andre grunner for oppholdene og nemnda kan dermed ikke se at merarbeidet har hatt tilstrekkelig omfang, hyppighet og stabilitet i opptjeningsperioden. Merarbeidet fremstår etter en helhetsvurdering ikke jevnlig og det kan ikke legges til grunn at det representerer en etablert praksis som fyller lovens krav.

Konklusjon

Arbeidstaker gis ikke medhold.

Tvisteløsningsnemnda

Anne Marie Due
leder

Oslo, 14.10.2016

Til orientering:

Tvister som nevnt i §§ 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for domstolene etter at tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (2). Nemndas konklusjon står ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker regnet fra det tidspunkt tvisteløsningsnemndas avgjørelse foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 (3).